



Roj: **STS 851/2017 - ECLI:ES:TS:2017:851**

Id Cendoj: **28079110012017100152**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2017**

Nº de Recurso: **1874/2016**

Nº de Resolución: **157/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2110/2015,**
STS 851/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 7 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio de divorcio n.º 154/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de familia de Bilbao, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Nazario , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Francisco Javier Soto Fernández. No ha comparecido la parte recurrida. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Susana Sánchez Hidalgo, en nombre y representación de don Nazario , interpuso demanda de disolución matrimonial por divorcio, contra doña Joaquina y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1.º.- Estimando la presente demanda, se decrete el DIVORCIO del matrimonio contraído entre mi mandante y su esposa con los efectos, inherentes a dicho pronunciamiento.

»2.º.- Se acuerden como definitivas las siguientes MEDIDAS:

»2.1.- Revocación de poderes consentimientos que entre cónyuges pudieran existir, cesando la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio la potestad doméstica.

»2.2.- Atribución a mi representado de la guardia y custodia de la hija del matrimonio, Victoria , con la que convivirá bajo su directa protección y cuidado, siendo compartida la patria potestad por ambos progenitores.

»2.3.- Respecto al régimen de visitas, atendiendo a la edad de la menor, quien cuenta con 14 años y suficiente capacidad para decidir, entendemos que debe dejarse a criterio de la misma como debe desarrollarse el régimen de visitas con su madre-demandada.

»2.4.- Obligación de la Sra. Joaquina de entregar a mi representado la cantidad de cuatrocientos (400,-) euros mensuales en concepto de pensión alimenticia a favor de la hija del matrimonio, que tendrá que ser abonada por adelantado, antes del día cinco de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria que al efecto designe mi representado.



»Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC para la provincia de Bizkaia que publique el INE u organismo que lo sustituya. La primera actualización se realizará en enero de 2016 y así sucesivamente los años venideros.

» Así mismo, la Sra. Joaquina deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la menor como los propios de naturaleza médica, farmacéutica, ópticos, odontológicos y demás de carácter médico, no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico privado y los gastos extraordinarios por clases de apoyo o refuerzo escolar que precise la menor, así comoos gastos de origen lúdico tales como excursiones, campamentos.

»3º. - Se expidan los correspondientes mandamientos para la inscripción de la Sentencia en el Registro Civil en donde se encuentra inscrito el matrimonio.

»4º.- Se solicita la imposición de costas a la parte demandada si se opusiere temerariamente al divorcio».

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Veronica Vázquez Fontao, en nombre y representación de doña Joaquina , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se acuerde la disolución del matrimonio por divorcio de don Nazario y doña Joaquina celebrado el día 27 de febrero de 1999, aprobando las medidas que en el futuro regularán los efectos del divorcio indicadas en el hecho séptimo de esta contestación a la demanda. Todo ello con expresa imposición de costas al demandante si se opusiera de forma temeraria esta pretensión».

En el hecho séptimo de la demanda interesa que se adopten las siguientes medidas:

«1º La extinción del matrimonio, con revocación de poderes y consentimientos entre ambas partes.

»2.- La patria potestad será compartida, ejercida igualitariamente por el padre y la madre, por lo que expresamente acuerdan que cuantas decisiones sean necesarias en cuestiones que afecten directa o indirectamente a la hija menor, serán consultadas y decididas por ambos progenitores. En este sentido se fijan como de inexcusable consenso entre ambas partes las medidas que conciernan a Victoria referentes a elección de colegio, clases particulares, actividades extraescolares, viajes o salidas fuera de Bizkaia, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, etc.

»En virtud del derecho-deber que tienen los progenitores de velar por la hija menor de edad, cuando se encuentren bajo la custodia de uno u otro progenitor, deberán informarse mutuamente y de manera inmediata de cualquier circunstancia que acontezca respecto de la menor y que tenga carácter relevante y muy especialmente de cualquier enfermedad, favoreciendo y facilitando el contacto. Igualmente, ambos progenitores tendrán derecho a estar informados del rendimiento escolar, para lo cual, tendrán pleno derecho a asistir y recibir cuanta información requieran del centro de estudios donde está escolarizada en la actualidad.

»3.- La hija menor de edad quedará sometida a la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, en régimen de permanencia BISEMANAL, que se llevará a cabo de la siguiente manera:

»Cada dos viernes, a la salida del colegio, acudirá a la casa de un progenitor, donde permanecerá dos semanas, trasladándose dos viernes más tarde donde el otro progenitor.

»Los miércoles y viernes a la salida del colegio podrá visitar al progenitor con el que no coincida la pernocta.

»En cuanto a las vacaciones de Semana Santa y Navidad, se seguirá este sistema, con la única variación del periodo de guarda, que en vez de ser de dos semanas consecutivas para un progenitor, será de una semana y no habrá tampoco visitas intersemanales.

»Respecto al periodo veraniego, se dividirá en dos mitades; la primera, del viernes correspondiente a las vacaciones escolares hasta el 31 de julio, y el segundo, del 31 julio al viernes correspondiente al inicio del curso escolar. Para los años pares, la mitad corresponderá a la madre, y la segunda al padre. En los impares, al revés, primero al padre, y segundo a la madre. No habrá visitas intermedias.

»El progenitor que esté en compañía de la menor en cada momento pondrá los medios necesarios para facilitar al otro la comunicación telefónica con la niña, siempre que no se produzca a horas intempestivas. Asimismo,



si el progenitor con el que esté la niña la traslada de vacaciones de un lugar conocido a uno desconocido lo comunicará al otro, facilitándole los nuevos datos del mismo.

»4.- Cada progenitor sostendrá los gastos de la menor mientras esté en su compañía (alimentación, vestido, ocio...). Los gastos de escolarización, material escolar y gastos extraordinarios que se generen para la atención de la hija (atención médica, extraescolares, etc, etc..) serán abonados por mitad entre ambos progenitores, siempre previo consenso entre ambos».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de familia de Bilbao, dictó sentencia con fecha 25 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que debo declarar y DECLARO disuelto por divorcio el matrimonio de Don Nazario , representado por la Procuradora Doña Susana Sánchez Hidalgo, y Doña Joaquina , representada por la Procuradora Doña Verónica Vázquez Fontao con los efectos inherentes a tal declaración y estableciendo como medidas reguladoras las siguientes:

»La patria potestad de la menor se atribuye y se ejercerá conjuntamente por ambos

progenitores. Cualquier decisión que afecte a la vida de la menor debe ser tomada de común

acuerdo entre los progenitores, si bien puede ejercerla uno sólo con el consentimiento expreso ó tácito del otro, con arreglo a los acuerdos a que hayan llegado previamente los padres. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad (art. 156 CC).

»Concretando un poco más, cualquiera de los progenitores que tenga a la menor en su compañía pondrá en conocimiento del otro cualquier problema importante de salud que padecieren, debiendo solicitar la autorización expresa del otro progenitor para cualquier tipo de intervención quirúrgica, salvo en situaciones de urgente necesidad, comunicando inmediatamente al otro el lugar ó centro donde estuviera siendo atendido el menor. El centro escolar donde curse la menor sus estudios debe ser acordado por ambos progenitores y cualquier cambio de domicilio habitual debe ser comunicado al otro progenitor.

»La guarda y custodia de la menor Victoria le corresponde al padre Don Nazario , mientras esté con él, y residirá habitualmente con él, en la vivienda sita en B° DIRECCION000 n.º NUM000 de Castro Urdiales (Cantabria), siendo éste el domicilio legal de la menor.

»Se establece a cargo de Doña Joaquina en favor de su hija, la pensión de alimentos en 200 euros, por 12 mensualidades, actualizables conforme al IPC a primeros de cada año, pagaderos dentro de los 5 primeros días de cada mes, haciéndose efectivo mediante transferencia en cuenta corriente designada al efecto.

»Los gastos extraordinarios serán por mitad, entendiéndose como tales los educativos y sanitarios no cubiertos por el sistema público. No se consideran gastos extraordinarios las matrículas escolares, libros o material escolar. El progenitor que aprecie la necesidad de llevar a cabo un gasto extraordinario debe comunicarlo previamente al otro para que preste su consentimiento, salvo en los casos de extraordinaria y urgente necesidad.

»Doña Joaquina podrá estar en compañía de su hija menor los fines de semana alternos desde los viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas. Los puentes escolares o fines de semana largos, viernes o lunes festivo, corresponderán al progenitor al que corresponda el fin de semana.

»Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos, comprendiendo el primero de ellos desde la salida del colegio del último día escolar hasta las 19:00 horas del día 30 de diciembre y el segundo período desde dicho momento hasta el último día del periodo vacacional. Corresponde en los años pares el primer período a la madre y el segundo al padre y a la inversa en los años impares.

»Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos periodos, el primero de ellos comprenderá desde la salida del colegio del último día lectivo hasta las 19:00 horas del Lunes de Pascua y el segundo período, desde dicho momento hasta el último día del periodo vacacional. Corresponde en los años pares el primer período a la madre y el segundo al padre y a la inversa en los años impares.

»El periodo vacacional de verano se distribuirá en dos períodos, comprendiendo el primero de ellos desde el último día escolar hasta el día 31 de julio a las 19:00 horas y el segundo período, desde dicho momento hasta el último día del periodo vacacional escolar. Corresponde el primer período a la madre y el segundo al padre.

»Comuníquese esta resolución al Registro Civil correspondiente a los efectos registrales oportunos.

»No hay expresa imposición de costas».



TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Joaquina . La sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia con fecha 27 de noviembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Joaquina , representada por la Procuradora Dña. Verónica Vázquez Fontao, contra la sentencia dictada el 25 de mayo de 2015 por el Juzgado de Primera instancia nº 5 de los de Bilbao , en los autos de Divorcio Contencioso nº 154/15, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma en el sentido de:

»1.- Acordar que la guarda y custodia de la menor Victoria sea compartida por periodos bisemanales entre D. Nazario y Doña Joaquina , realizándose el cambio de custodia los viernes alternos a la salida del centro escolar o en su caso a las 17 horas cuando no haya clases.

»2.- La menor Victoria estará con el progenitor con quien no pase la semana, desde la salida del colegio, o, en su caso, las 17 horas hasta las 21 horas del miércoles y del viernes que no tenga lugar el cambio de guarda.

»3.- Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, se dividirán en dos periodos iguales, correspondiendo en los años pares el primer periodo a la madre y el segundo al padre y a la inversa en los años impares, quedando en suspenso el régimen de custodia establecido, que se reanudará una vez finalizado el periodo vacacional.

»4.- Los gastos ordinarios básicos de la menor serán de cuenta del progenitor con quien se halle en cada momento, acordándose además que ambos progenitores ingresen cada uno de ellos el importe de 100 euros mensuales, que se efectuará en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria abierta a nombre del menor, actualizable anualmente conforme al IPC que fije el INE, en la que se domiciliarán los gastos fijos de la menor que sean posibles.

»5.- Los gastos extraordinarios será satisfechos por mitad e iguales partes entre ambos progenitores.

»Todo ello sin condena de las costas procesales causadas en la primera y en esta segunda instancia»

»Devuélvase a doña Joaquina el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Nazario , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2 de la LEC . Se alega infracción de las normas reguladoras de las sentencias en cuanto la sentencia de 633/2015 de fecha 25 de noviembre de 2015 dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia infringe el artículo 218 de la LEC , en relación a los requisitos internos que debe cumplir una sentencia. Segundo.- Al amparo del art. 469.1. 2. 3º y 4º LEC . Se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE , en concreto se alega que la desviación esencial en los términos de la controversia judicial determina la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como ha declarado la doctrina constitucional. Se cita sentencia del T. Constitucional de 18 de octubre de 2004. Tercero.- Al amparo del art. 469.1 , 2. LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Se denuncia infracción del art. 218.2. LEC por falta de motivación de la sentencia recurrida. Cuarto.- Infracción del art. 475 LEC , por falta de audiencia al menor, pues resulta imperativo oír a los hijos que tuvieran suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años, como es el caso de Victoria .

El recurso de casación basado en el siguiente Motivo. Único.- Infracción del art. 92 CC , al considerar que el Juez ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor, pues la menor nunca fue oída de manera que no puede alcanzarse la conclusión a la que ha llegado la Audiencia.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 20 de octubre de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito apoyando los motivos de los recursos admitidos.

SÉXTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de febrero de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Nazario y doña Joaquina tienen una hija, Victoria , nacida el día NUM001 de 2000. Como consecuencia de la demanda de divorcio formulada por don Nazario , su esposa, doña Joaquina , interesó que



la guarda y custodia de la hija común fuera compartida. La hija vivía con su padre desde el año 2007 por lo que en su demanda solicitó que se le atribuyera la guarda exclusiva de la misma, con visitas a favor de la madre.

Este régimen de custodia fue denegado en la sentencia del juzgado porque entendió que no existía motivo alguno para pensar que el padre no estuviera desempeñando de manera adecuada la guarda de la menor y «sin que se acredite que el cambio pretendido ahora por la madre, tras el largo periodo que la menor ha vivido con el padre con el consentimiento de la propia madre, le fuera a reputar algún beneficio a la menor». De manera que atribuye la guarda y custodia al padre.

La situación cambia con la sentencia de la Audiencia provincial. La Audiencia conoce y aplica la jurisprudencia de esta sala para, finalmente, justificar la medida de custodia compartida con arreglo a criterios anteriores del propio tribunal, señalando lo siguiente: «la relación de los menores con los dos progenitores debe ser lo más amplia posible y tender a la igualdad, siempre que no existan circunstancias que lo impidan o la desaconsejen, pues el contacto continuado con los dos progenitores favorece el desarrollo personal y social y, consecuentemente, supone un beneficio para los menores.

»No puede ser obstáculo al establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, añade, «el hecho de que la menor de 15 años de edad, haya estado conviviendo con su padre durante los últimos años.

»Es fundamental que ambos progenitores hayan demostrado actitud y aptitud para prestar cuidados y una formación integral a la menor, además del apego que siente la menor Victoria por ambos, al tener buena vinculación emocional tanto con la madre como con el padre».

Esta custodia compartida «bisemanal, con visitas del otro progenitor de los miércoles y el viernes que no haya cambio de la guarda, desde la salida del centro escolar hasta las 21 hora, y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano», se «reinstaura», dice la sentencia, viviendo el padre en Castro Urdiales y la madre en Bilbao, ciudad en la que cursa estudios la hija, «partiendo únicamente de la proposición de guarda y custodia compartida de la apelante Sra. Joaquina, sin que conste oposición alguna del apelado Sr. Nazario».

SEGUNDO.- En el recurso de infracción procesal que se formula con carácter previo al de casación, se tacha a la sentencia de incongruente y de falta de motivación, instando su anulación porque no se ha practicado la exploración de la niña ni la pericial del equipo psicossocial judicial.

La respuesta a estos motivos es la siguiente:

1.º- El cumplimiento del requisito de la congruencia no se plantea de igual forma cuando se trata en relación con las pretensiones de la parte demandante o con la resistencia de la parte demandada y buena prueba de ello es que, ante la falta de contestación de la parte demandada -por tanto, con absoluta ausencia de oposición expresa- es posible la desestimación de la demanda por cuanto de la propia exposición de la parte demandante se puede desprender la improcedencia de la consecuencia jurídica solicitada, lo que no resultaría congruente si se siguiera la tesis mantenida en el recurso.

La incongruencia de la sentencia -sentencia 76/2014, de 27 de febrero - en relación con la resistencia de la parte demandada sólo puede producirse si el demandado ha opuesto excepciones materiales y existirá siempre que el juez aprecie una excepción no alegada, salvo que se trate de una excepción material que deba tenerse en cuenta de oficio -como ocurre en el caso de la caducidad- o resultara de las propias alegaciones de la demandante (SSTS, 1.ª núm. 469/2001, de 17 mayo, y 365/2013, de 6 junio, entre otras).

2.º- En el presente caso lo que hace la sentencia es analizar el recurso de apelación haciendo total abstracción de los argumentos esgrimidos en la demanda y en la oposición al recurso, y resuelve como si hubiera habido un allanamiento, lo que no es cierto. En la primera, interesando se le atribuyera la custodia de la hija, con visitas a favor de la madre. En el segundo, solicitando la desestimación del recurso de apelación por no estar de acuerdo en la adopción de la custodia compartida, conforme había resuelto la sentencia del juzgado.

3.º- No existe falta de motivación pues, aun escueta, la sentencia exterioriza las razones que conducen al fallo, es decir justifica las razones por las que establece un régimen de guarda y custodia compartida y como tal es suficiente y adecuada para resolver la controversia, al margen de acierto o no en la adopción de la medida teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, lo que no es propio de este recurso sino del de casación.

4.º- Esta Sala no puede considerar un óbice para resolver el recurso, el hecho de que no se hubiese emitido informe psicossocial, pues siendo conveniente en estos casos, no se constituye en requisito imprescindible en el art. 92.6 y 9 del C. Civil.

5.º- En relación a la falta de exploración de la hija, esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan. La sentencia de



20 de octubre de 2014 establece lo siguiente: «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005 .

»Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada».

6.º- Al día de hoy se desconoce la opinión de la menor, a la que no se ha dado la oportunidad de ser escuchada; opinión que es especialmente relevante en atención a las circunstancias apuntadas de convivencia exclusiva desde los siete años con su padre, y a la edad de la hija.

TERCERO.- En función de lo expuesto procede estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sin entrar en el análisis y resolución del recurso de casación, anular la sentencia recurrida retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de la hija, se oiga a esta de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad, resolviendo en su vista sin tener en cuenta el argumento de no haber existido oposición del recurrente a la solicitud de guarda y custodia compartida interesada por la madre.

CUARTO.- No procede imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado contra la sentencia recurrida de 27 de noviembre de 2015 de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia y, sin entrar en el análisis y resolución del recurso de casación, anular esta retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de la hija, se oiga a esta de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad, resolviendo en su vista sin tener en cuenta el argumento de no haber existido oposición del recurrente a la solicitud de guarda y custodia compartida interesada por la madre. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.